



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**10 aprile
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ In merito alle selezioni dei dirigenti a tempo determinato la competenza spetta al giudice ordinario
- ❖ Il RUP può svolgere solamente la funzione di presidente della commissione di gara
- ❖ Gravano sul Comune le spese di custodia dei cani vittime di maltrattamenti
- ❖ Sulla rimborsabilità delle spese sostenute dai rappresentanti dei comuni nelle aziende partecipate

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

In merito alle selezioni dei dirigenti a tempo determinato la competenza spetta al giudice ordinario

La V sezione del Consiglio di Stato ha emesso il 4 aprile un'innovativa sentenza, la numero 110, che ha ripreso alcuni principi di carattere generale già suggeriti dalla Corte di Cassazione in materia di pubblico impiego. Si tratta del fatto che il contenzioso sul conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione, considerato che non si tratta di procedure che hanno natura concorsuale e che per questo tipo di assunzioni vi è anche una componente fiduciaria, non è di competenza del giudice amministrativo, ma di quello ordinario.

Questa sentenza ribalta quanto affermato in primo grado dal Tar dell'Umbria, tracciando una netta differenza tra le procedure concorsuali e quelle per il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato sulla base dell'articolo 110 del decreto legislativo numero 267/2000. Questo porta a trarre come indicazione che non si devono adottare le stesse procedure e gli stessi vincoli che sono dettati per i concorsi pubblici, mantenendo comunque fermo il principio che questo tipo di incarichi non possa essere conferito solamente sulla base di una valutazione di tipo fiduciaria personale. Nel caso in oggetto ad esempio il Comune ha dato corso ad una specifica procedura di selezione, nonostante vi fosse una graduatoria per assunzioni a tempo indeterminato con all'interno dei profili idonei. Inoltre bisogna considerare che in questo tipo di assunzioni vi è comunque una componente fiduciaria, dato il fatto che la scelta è operata dal sindaco, come afferma in modo abbastanza innovativo la sentenza in commento.

Il Tar aveva disposto in primo grado l'annullamento del provvedimento tramite cui il Comune aveva assunto un dirigente a tempo determinato, previa una procedura

selettiva ad hoc, in seguito all'accoglimento del ricorso da parte del primo degli idonei nella graduatoria ancora valida per l'assunzione di un dirigente a tempo indeterminato dello stesso ente. In premessa, nella sentenza, i giudici avevano affermato la competenza del Tribunale Amministrativo dato il fatto che non vi era nessuna particolare motivazione per attivare una nuova procedura di assunzione.

La sentenza del Consiglio di Stato, parte dall'analisi dell'articolo 110 del decreto legislativo numero 267/2000, che stabilisce che sia necessario dar corso ad una pubblica selezione utile a verificare la comprovata esperienza e professionalità del soggetto da assumere. Questa procedura quindi, non può in alcun modo essere assimilata al concorso pubblico, in quanto i tipi di prova su cui basare la selezione saranno radicalmente diversi in un caso e nell'altro. Nel concorso pubblico sarà necessario verificare il grado di preparazione e di capacità, in base a criteri prestabiliti, con la conseguente valutazione e formazione della graduatoria. Per quanto riguarda invece la selezione di un dirigente a tempo determinato sulla base dell'articolo 110, sia nel caso che si tratti di sostituzione di posizioni vacanti in dotazione organica o per posti extra dotazione organica, si dovrà accertare quale sia il candidato che ha le caratteristiche più rispondenti al profilo richiesto per svolgere il ruolo di dirigente esterno. Un ulteriore elemento che segna chiaramente la differenza fra le due procedure di selezione è che per quanto riguarda la scelta di un dirigente a tempo determinato, una volta svolte le procedure, non si dovrà stilare una graduatoria, ma la procedura verrà terminata con un "giudizio finale di maggiore identità".

Per i giudici della V Sezione, la competenza non appartiene al giudice amministrativo siccome questo ha solo competenze residuali nella materia dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, cioè giudicare per le controversie relative ai

concorsi pubblici e le scelte di macro organizzazione operate dagli enti. Dato il fatto quindi che la selezione per le assunzioni a tempo determinato non può essere equiparata ad un concorso pubblico, la competenza in merito sarà del giudice ordinario, considerato anche che nel caso in oggetto mancano contestazioni relative alle scelte di macro organizzazione, unico aspetto che avrebbe potuto rimettere il contenzioso all'attenzione del giudice amministrativo.

Il RUP può svolgere solamente la funzione di presidente della commissione di gara

Il Tar Calabria, Catanzaro ha ribadito, con la sentenza 6 aprile 2017 n. 603, come l'assunzione, da parte del RUP, dell'incarico di commissario di gara e non anche di Presidente della commissione costituisca un vizio di composizione dell'organo collegiale ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

Il caso portato all'attenzione del Tribunale trae origine dall'indizione di una gara per l'affidamento del servizio di supporto agli uffici di un Comune gestita da una centrale di committenza. Qui l'impresa classificatasi seconda decide di ricorrere al Tar chiedendo l'annullamento degli atti di gara in ragione dell'illegittima composizione della commissione giudicatrice poiché era stato nominato componente, con funzioni diverse da quelle di Presidente, il responsabile del procedimento e del settore del Comune interessato dalla procedura.

Il TAR ricorda come, sul punto, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che, ai sensi dell'art. 84 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, nelle gare pubbliche i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o

amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Tale prescrizione mira infatti ad assicurare due distinti, ma concorrenti, valori: quello dell'imparzialità e quello dell'oggettività (cfr. Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 93/2017 del 23.01.2017; Tar Lecce, sez. II, sentenza n. 1040 del 27 giugno 2016).

In sostanza, l'art. 84 è volto a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti discorsivi e favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura (cfr. Tar Latina, sez. I, 13 aprile 2016, n. 226; Cons. St. n. 3352/2015).

Nel caso in esame, il RUP ha predisposto e approvato gli atti di gara (determina a contrarre, bando e capitolato), ha curato tutti gli adempimenti amministrativi di sua competenza e da ultimo ha adottato la determinazione di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva, nonché prontamente adottato e sottoscritto il verbale di consegna del servizio in via d'urgenza e sotto riserva di legge.

Non va taciuto come l'aver predisposto alcuni atti della procedura di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione.

In sostanza, il RUP ha effettuato una «funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice che, pertanto, nel caso concreto, risulta viziata nella sua composizione.

Pertanto, vi è stata una violazione del citato art. 84 e tale violazione è idonea a determinare l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Infine, il Giudice precisa che il fatto che la gara rientri in una delle categorie escluse dall'applicazione del Codice degli appalti non incide sull'esito della controversia, in quanto la disposizione costituisce espressione dei principi di imparzialità e oggettività ed è quindi applicabile anche ai contratti esclusi ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. 163/2006.

Gravano sul Comune le spese di custodia dei cani vittime di maltrattamenti

La Cassazione con la sentenza numero 18167/2017 ha precisato che nel caso in cui siano perpetuati dei reati contro gli animali sarà sempre prevista a confisca dei medesimi ed il loro affidamento a strutture adeguate, con tutte le spese di custodia che durante il procedimento penale saranno a carico dello Stato, ma una volta passato in giudicato il provvedimento che dispone la confisca, graverà sul Comune l'onere di mantenimento e custodia degli animali, che quindi dovrà farvi fronte con risorse proprie.

La vicenda riguarda il titolare di un canile, situato in provincia di Cuneo, a cui erano stati affidati in custodia giudiziaria 8 cani meticci che erano stati sequestrati al proprietario in quanto indagato e poi condannato per il reato di maltrattamento di animali. Nel decreto penale di condanna veniva disposta la confisca degli animali, che rimanevano quindi in custodia presso il canile medesimo, stabilendo che le spese di mantenimento degli animali fossero a carico dei due Comuni della zona nel cui territorio si trovavano rispettivamente i cani.

Si trattava di 8 cani, ma solamente per 2 di questi uno dei Comuni coinvolti si era sobbarcato le spese di custodia, intanto altri 3 erano deceduti e altri 3 continuavano ad essere in custodia presso il canile che si doveva far carico delle spese

per mantenere gli animali. Passati anni, il custode, titolare del canile, faceva istanza di liquidazione al giudice dell'esecuzione chiedendo di integrare il decreto penale di condanna originario.

Per la Cassazione il ricorso è infondato, in quanto basato sull'erronea convinzione che la responsabilità per le spese di custodia perdurasse in capo allo Stato, ed inoltre in quanto è emerso che il canile ricorrente svolgeva il servizio di mantenimento e custodia dei cani randagi per conto del Comune, ricevendo un compenso annuo per questa attività. Chiarito questo, la i magistrati della Cassazione approfittano dell'occasione per esporre alcuni principi importanti riguardo al tema della tutela degli animali ed in particolare sulla corretta ripartizione di competenze pubbliche in tema di spese per il mantenimento degli animali confiscati a causa di provvedimenti giudiziari.

Prima di tutto i giudici fanno una ricostruzione sistematica della normativa internazionale in materia di tutela degli animali, citando la Dichiarazione Universale dei diritti degli animali proclamata a Parigi nel 1978, la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia firmata a Strasburgo nel 1987, ed infine l'articolo 13 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea che ha riconosciuto gli animali come "esseri senzienti". Per quanto riguarda invece la legislazione italiana, viene dato risalto alla legge numero 281/1991 sulla prevenzione del randagismo, alla legge numero 437/1993 contro il maltrattamento in ogni forma degli animali, per concludere con l'introduzione all'interno del Codice penale del Titolo IX bis "Dei delitti contro il sentimento degli animali".

In questo quadro giuridico dettagliatamente delineato dai giudici della Suprema Corte, assumono un rilievo particolare l'articolo 544-sexies del codice penale, che prevede la confisca obbligatoria dell'animale vittima del reato, e l'articolo 19 delle disposizioni attuative del codice

penale, che contiene la previsione che gli animali confiscati siano affidati alle associazioni o agli enti che ne facciano richiesta dando garanzie adeguate di idoneità. Nel caso in cui non vi siano enti od associazioni volontarie, si pone il problema di quale soggetto pubblico debba farsi carico del problema. Questo ente, come era stato indicato nel decreto di condanna originale, è il Comune. Questo in quanto l'ente locale, secondo le normative in materia di tutela degli animali, *“è da ritenersi responsabile del benessere degli animali presenti sul territorio comunale, rispetto ai quali vanta una posizione di garanzia, che comporta l'obbligo di far fronte al loro mantenimento in caso di confisca”*. Quindi nella fase del procedimento penale esiste una responsabilità dello Stato per le spese di custodia, ma una volta passato in giudicato il provvedimento che ha disposto la confisca, l'onere per il mantenimento degli animali in custodia grava sul Comune.

Sulla rimborsabilità delle spese sostenute dai rappresentanti dei comuni nelle aziende partecipate

Il Sindaco di una Città metropolitana ha formulato una richiesta di parere, poi reso dalla Corte dei conti, Sezione di Controllo per la Regione Lombardia in data 14.4.2017, in merito al rimborso delle spese sostenute dai componenti del Consiglio di Amministrazione di un'Azienda Speciale.

In particolare, il rappresentante dell'Ente svolge le seguenti considerazioni introduttive.

L'art. 50 TUEL prevede che "sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia [nel caso di specie, il Sindaco Metropolitan] provvedono alla nomina, alla designazione

e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni". Conformemente, l'art. 19 dello Statuto della Città metropolitana stabilisce che il Sindaco metropolitan "provvede alla nomina, alla designazione ed alla revoca dei rappresentanti della Città Metropolitana presso enti, aziende ed istituzioni, sulla base di un apposito regolamento [...] che garantisca la più ampia partecipazione delle sue rappresentanze alla gestione e al controllo, assicurando altresì il ricorso agli strumenti ad evidenza pubblica".

Il Sindaco metropolitan ha, quindi, proceduto alla nomina di due componenti di un C.d.A di un'Azienda Speciale, tra cui il Presidente dell'organo.

Peraltro tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione – che svolgono l'incarico a titolo gratuito – risiedono in Comuni limitrofi al Comune ove ha sede l'Azienda Speciale mentre il Presidente del Consiglio di Amministrazione risiede in una Regione diversa, sostenendo le relative “spese di viaggio, ovvero altresì di vitto e alloggio”.

Nello specifico l'art. 6, comma 2, del d.l. n. 78/2010 (convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010) stabilisce che "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti, i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera. La violazione di quanto previsto dal presente comma determina responsabilità erariale e gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli".

Stante, quindi, la gratuità della carica per la partecipazione agli organi che ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche

(e ferme restando le eccezioni previste dalla legge, quali i collegi dei revisori dei conti e sindacali e i revisori dei conti), occorre definire quali siano le spese soggette a rimborso.

Il quesito posto verte sull'interpretazione dell'art. 6, comma 2 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, disposizione la cui finalità è rinvenuta, dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisprudenza contabile, nelle esigenze di contenimento dei costi della politica e degli apparati amministrativi.

Quanto all'ambito di applicabilità e, in particolare, alla ricomprensione, in tale ambito, delle aziende speciali viene richiamata la precedente giurisprudenza della Sezione e, in particolare, i pareri n. 265/2012 e n. 155/2011.

Il quesito formulato afferisce, in particolare, alla nozione di spese che possono essere rimborsate. Segnatamente il rappresentante dell'Ente chiede espressamente se queste possano comprendere anche le spese di vitto e alloggio sostenute dall'amministratore nominato dall'ente socio, che non risieda nel territorio della regione a cui appartiene l'ente locale di riferimento, per la partecipazione ai consigli di amministrazione di un'azienda speciale.

La risposta al quesito presuppone il previo superamento della condizione posta dal legislatore per la rimborsabilità delle spese. Segnatamente la rimborsabilità di dette spese è subordinata alla presenza di un atto di normazione, anche secondario, che regolamenti, in via generale ed astratta, i casi e le modalità di rimborso.

In mancanza di una normazione di fonte superiore, il potere regolamentare è attribuito agli enti territoriali, in aderenza al principio autonomistico che ispira i rapporti con lo Stato, di cui all'art. 117, comma 6 della Costituzione, in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Com'è stato detto, l'art. 19 dello Statuto

della Città Metropolitana stabilisce che il Sindaco Metropolitan "provvede alla nomina, alla designazione ed alla revoca dei rappresentanti della Città Metropolitana presso enti, aziende. ed istituzioni, sulla base di un apposito regolamento [...] che garantisca la più ampia partecipazione delle sue rappresentanze alla gestione e al controllo, assicurando altresì il ricorso agli strumenti ad evidenza pubblica".

La specifica esigenza del controllo sui costi di funzionamento delle aziende speciali, sui quali si riverbera la disposizione in esame, è presente nel combinato disposto degli artt. 114, 147 e 147 quinquies del TUEL, laddove si prevede il controllo dell'ente locale sul rispetto dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sul conseguimento dell'equilibrio economico. Trattasi di un obbligo di controllo presidiato da specifica sanzione, anche di carattere pecuniario, comminabile, in base all'art. 148 del d.lgs. n. 267 del 2000, dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti in caso di "rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie" di controllo interno.

Tenuto fermo quanto sopra, la Sezione adita ritiene di non poter escludere che l'ente territoriale, nell'esercizio delle propria discrezionalità, disponga la rimborsabilità delle spese sostenute dai componenti dell'organo collegiale, ritenendo altresì di ricomprendere nella categoria le spese di vitto e alloggio.

Ciò, evidentemente, a meno che non sia previsto dalla normativa l'obbligo di residenza per i componenti dell'organo medesimo.

Va infatti preliminarmente osservato che il rimborso delle spese all'amministratore nominato dall'ente locale, il quale abbia la necessità di recarsi dal proprio luogo di residenza alla sede della persona giuridica presso la quale esercita l'incarico, non configura una spesa di missione bensì un onere finalizzato all'effettivo esercizio dell'incarico assunto. Ciò analogamente a

quanto disposto dall'art. 84, comma 1 del d. lgs. n. 267 del 2000 in relazione alle spese sostenute dagli amministratori degli enti locali (deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 38/2016/QMIG).

Inoltre la Sezione di controllo non ritiene, a tal riguardo, di poter enucleare una nozione restrittiva di "spese" che escluda la rimborsabilità delle spese di vitto e alloggio.

Innanzitutto, il dato letterale depone in tal senso, atteso che la categoria di spese rimborsabili non è in alcun modo definita in senso restrittivo dal legislatore, che si riferisce alla rimborsabilità delle spese genericamente intese.

Inoltre le norme di finanza pubblica non prevedono un limite diretto ai costi sostenuti dal soggetto pubblico a titolo di rimborso di eventuali spese documentate sostenute dagli amministratori.

Nondimeno, la Sezione richiama l'Ente in ordine alla necessità che la concreta attuazione della disposizione in esame sia conforme alla richiamata finalità della norma in esame di contenimento dei costi degli apparati amministrativi.

In via generale, la determinazione di affidamento dell'incarico e la conseguente procedura relativa al rimborso delle eventuali spese sostenute deve comprendere, per quanto attiene all'an della medesima, una specifica motivazione in ordine al conferimento dell'incarico ad un soggetto che risiede fuori dal territorio di riferimento, motivazione che deve tenere in considerazione gli aspetti dimensionali (di popolazione e realtà economica) dell'Ente locale di riferimento e gli elementi distintivi dell'azienda speciale quali il fatturato, il numero di dipendenti e di clienti serviti. Ne deriva che tale motivazione risulta tanto più aggravata quanto inferiore è la situazione quantitativa e qualitativa della realtà territoriale ed economica degli enti coinvolti.

Sempre in termini generali, deve essere valutata la compatibilità fra, da un lato, la

natura dell'incarico e le conseguenze che ne derivano in punto di adeguato espletamento del medesimo e, dall'altro lato, la realtà residenziale del titolare della funzione.

In sede di regolamentazione l'Ente dovrà pertanto disciplinare di conseguenza la conferibilità dell'incarico a soggetti non residenti nell'ambito territoriale di riferimento, sempre che non sia imposto l'obbligo di residenza per i componenti dell'organo collegiale.

Sempre in relazione alla decisione circa l'an della rimborsabilità della spesa, questa deve poter qualificarsi quale spesa necessaria per l'espletamento dell'incarico.

Infine, in relazione al quantum della spesa si sottolinea nuovamente che la finalità della disposizione in esame viene costantemente individuata nella necessità di contenere i costi degli apparati politici e amministrativi. Ne deriva che non risulterebbe conforme a detta disciplina una declinazione concreta della regola posta che porti a rimborsare spese in un ammontare tale che vanifichi la natura gratuita dell'incarico.